

WYROK

z dnia 23 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2019 r. przez **wykonawcę: L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe L. S. z siedzibą w Drawsku Pomorskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Drawsko Pomorskie z siedzibą w Drawsku Pomorskim**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe L. S. z siedzibą w Drawsku Pomorskim i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę: L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe L. S. z siedzibą w Drawsku Pomorskim** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Drawsko Pomorskie z siedzibą w Drawsku Pomorskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Dowóz i odwóz uczniów niepełnosprawnych do Ośrodków w Gudowie, Radowie Wielkim, Bobrowie i w Drawsku Pomorskim*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe L. S. z siedzibą w Drawsku Pomorskim (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 10 grudnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty Firmy Usługowo-Handlowej W. K. z siedzibą w miejscowości Żółte 1, Rydzewo do wykonania części I zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia zaskarżonej czynności Zamawiającego oraz zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia tych czynności.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Firmy Usługowo-Handlowej W. K. jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Gmina Myszków z siedzibą w Myszkowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dowóz i odwóz uczniów niepełnosprawnych do Ośrodków w Gudowie, Radowie Wielkim, Bobrowie i w Drawsku Pomorskim”*.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie należy wskazać, że Odwołujący w złożonym odwołaniu nie wskazał z jakimi ewentualnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta była niezgodna.

W ocenie Izby wbrew wymogom określonym w artykule 180 ust. 3 ustawy Pzp w treści swego odwołania Odwołujący nie wskazał dostatecznie okoliczności prawnych (gdyż zarzut to okoliczności prawne i faktyczne), które uzasadniałyby wniesienie odwołania. Odwołujący przedstawia jedynie stan faktyczny, uznając jednocześnie że wybór oferty jego konkurencji „jest niezgodne z prawem i pozostaje nielegalne”. Zauważenia wymaga – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO -, że zarzut to zarówno okoliczności prawne wskazane precyzyjnie, ale również okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał na czym dokładnie miałyby polegać wadliwość złożonej przez jego konkurenta oferty, nie wskazał z jakimi postanowieniami SIWZ oferta jest niezgodna. Dodatkowo – co jest istotne - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Zatem należało uznać, że samo stwierdzenie, iż „wybór jest niezgodny z prawem i pozostaje nielegalny”, nie tworzy zarzutu. Ponadto ewentualne zaoferowanie ceny wyższej od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie stanowi podstawy odrzucenia oferty

wykonawcy. Dodać należy, że zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co w tym postępowaniu Zamawiający uczynił.

Odnosząc się do zarzutu, że Firma Usługowo-Handlowej W. K. z siedzibą w miejscowości Żółte 1 nie złożyła żadnych referencji zauważenia wymaga – na co zwrócił uwagę Zamawiający – że przedmiotowe postępowanie prowadzone było w procedurze odwróconej, co oznaczało że Zamawiający najpierw dokonał oceny oferta następnie przystępował do badania czy oferta wykonawcy oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału, co oznacza że Zamawiający w następnej kolejności występuje do wykonawcy o dokumenty referencji (w przypadku ich niezłożenia) o ich uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, że wykonawca nie ma obowiązku wraz z ofertą składania takich referencji tylko na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1, a w przypadku ich niezłożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co miało miejsce. Ponadto Odwołujący nie rozróżnia pojęcia podwykonawstwa oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, co również miało istotne znaczenie w tym stanie faktycznym.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Przewodniczący:

.....